Q. D. B. V.

DISSERTATIO INAVGVRALIS DE ACTIONE FVNERARIA

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Rectore Magnificentiſſimo

SERENISSIMO PRINCIPE

IOHANNE GVILIELMO

DVCE SAXONIAE, IVLIACI, CLIVIAE AC MONTIVM, ETC.

Conſenſu inclyti Iureconſultorum ordinis

Præſide Pro-Rectore Magnifico

IO. PHILIPPO SLEVOGTIO

D. IVRISQVE ET CIVIL. PRVD. PROF.

Vt ſummos in utroque Iure honores ac privilegia ritè conſequatur

publicè diſputabit

IOHANNES NICOLAVS RADEMACHERVS

SOLTQVELLA-MARCHICVS

A. D. MARTII

IENAE M DC XC

TYPIS BAVHOFERIANIS.

VIRO
ILLUSTRI & MAGNIFICO
DN. JOHANNI FRIDERICO
de RHETZ,
Hæreditario in Groſſen Baniß/ Sereniſſ. & Potentiſſimi
Elect. Brandenb. Conſiliario Status Intimo,
VIRO
GENEROSISSIMO & EXCELLENTISSIMO
DN. CONRADO Gottfried de
ÜCHTERITZ,
Hæreditario in Oſterholß/ Sereniſſ. & Potentiſſ. Elect.
Brandenb. Conſiliario & Judici Provinciali,
VIRO
NOBILISSIMO & AMPLISSIMO
DN. ADOLPHO Wilthuet/Se-
reniſſ. & Potentiſſ. Elect. Brandenb. Conſiliario &
Quæſtori Provinciali,

Dominis, Patronis & Fautoribus ſuis omni
Honoris cultu obſervandiſſimis

Exiguam hanc chartam humillimâ devotione
conſecrat

IOH. NIC. RADEMACHER.

PROOEMIUM.

TRanſiverat ex morſu fructus vetiti venenum illud lethale per primos parentes in omnem ipſorum poſteritatem, & ſanctio transgreſſioni legis annexa tanto cum rigore vires exercuerat in univerſum genus humanum, ut, quisquis ex Adamo ortum traxit, pœnæ ſuccumberet. Hinc idem omnium fatum & commune malum naturæ humanæ. Poſtquam vero probroſum videbatur & præſtantiâ corporis humani indignum, arcana naturæ poſt mortem omnibus conſpicua exponi; hinc viventium ab omni ævo curâ fuit, hoc, quantum fieri poſſet, prohibere. Inde mortuorum ſepultura in Jus Gentium commune tranſiit cum tali ſanctimoniâ, ut & hoſtibus & inimicis ſepulturam invidere, & impium, & naturæ dedecus fieri ſemper viſum fuerit. Sanè funeris & ſepulturæ habere rationem, nec barbarê eam cum Anaxagorâ, cui jactura ſepulchri facilis, negligere, non tâm chriſtianum quàm humanum eſt. Solvimus hoc modo ſponte debitum, quod alioquin ab invitis repetit natura, & quæ terra nos naſcentes excepit, noviſſimè gremio ſuo complexa, à reliquâ naturâ abdicatos quaſi operimento matris obducit. Quid? quod reſurrectionis ſpem à primis parentibus hoc veluti monumento poſteris conſignatam putent. Conf. *Grot. l. 2. c. 19. d. Jur. bell. & pac.* Cœterum non idem exequiarum modus fuit apud omnes gentes, nec idem funeris & humationis ritus; nec ſumtuum ratio ſemper habita fuit; qui ſæpe in tantum excreverunt, ut in miracula abirent. Scil. cum ſe omnino morituros pernoſcerent mortales, ex lapidibus aliisve monumentis immortalitatem exſpectabant. Fuit tamen his ſumtibus per Leges Civiles modus poſitus, ut profuſio nimia & inutilis coerceretur, tam jure Græcorum, *vid. Garſ. de expenſ. & meliorat. c. 8. n. 8.* quàm apud Romanos. Sic de ſumtibus funeris l. XII Tab. proviſum erat, quam legem unà cum explicatione vid. licet apud *Garſ. l. alleg. n. 10.* Nec verò ſaltem in modo funerandi Lex Civilis acquievit, ſed circa funera ut, eò citius mortuorum corpora terræ redderentur, curam & humanitatem de-

declaravit. Et quanquam Lex XII Tab. perfidi debitoris cadaver creditoribus lacerandum exhibebat, ut latè explicat *Gell. Noct. Attic. l. 12. c. 1.* tamen hæc legis crudelitas nunquam effectum ſortita eſt, & ſequentium temporum humanitas hunc rigorem mitigavit, ne dicam vetuit. Sic *divus Severus* edicto mandavit, ne corpora detinerentur *l. 3. §. 4. ff. de ſepulch. viol.* Hinc *Ulpianus ait in l. 38. ff. d. religioſ. ne corpora aut oſſa mortuorum detinerentur &c. præſidis officium eſt.* Crevit ſucceſſu temporis pietas Imperatorum, & Juſtinus ſeverâ ſanctione prohibuit, ne defuncti ſepultura prætextu debiti impediatur. *l. 6. C. d. ſepul. violat.* Renovavit legem Juſtinianus *Novel. 60. c. 1.* additis novis pœnis. Ipſe cuſtos æquitatis legem civilem, uti pasſim, ita in hoc caſu adjuvit & ſupplevit. Docent hoc edicta de *mortuo inferendo l. 1. pr. ff. d. mort. infer.* Et de *ſepulchro ædificand. d. l. 1. §. 5.* Singularis Prætoris humanitas conſpicua eſt in Edicto, quo dando judicium de recuperandis funeris ſumtibus omnes invitavit, ut eò facilius juſta defunctis facerent. *l. 12. §. 2. de religioſ. & ſumt. funer.* Hoc Prætoris Edictum ob varias rationes placuit ut materiam ſuppeditaret conſcribendæ diſſertationis Inauguralis, cum ejus rei licentiam Inclyta Facultas Juridica gratioſè mihi indulgeret. Vna cum gratia Divina rem ipſam aggresſus ſum, ſubſidia ex variis libris, in quantum eorum copia haberi potuit, accepi, Fabri Rationalibus ſœpius uſus ſum, rarior enim apud alios autores hujus rei tractatio occurrit, methodum communem obſervavi & pro ingenii viribus & temporis ratione laborem cum DEO abſolvi. Equidem nec novi quicquam Tibi, Benevole Lector, promitto, quid enim jam dicitur, quod non ſit priùs dictum? Nec elaborationem exactam, quam materiæ præſtantia vindicare ſibi poſſet. Eſt hic labor, qualis qualis eſt, tumultuarius, & profectò modici temporis, ne dicam aliquot horarum, nec enim vitæ ratio diu hic commorandi licentiam concedebat. Si quid in eo continetur, quod Tibi placuerit, gratum mihi erit, ſin minus, memor eſto, rationem indebiti qualemcunque ſolutionem admittere. Vale & Fave!

§. I.

ACtionem funerariam (quæ paſſim *in tit. ff. de relig. & ſumt. fun. funeratitia*, à Cujacio aliquando *funeralis* appellatur. *Faber in Rational. ad l. 12. §. 2. ff. d.* rectius quàm exequiarum, cum ea ipſa totam ſepulturæ rationem, non exequiarum duntaxat, ut quo nomine tantum venit viarum ſolennitas dum funus procedit, complectatur, *Oldendorpius cl. 5. act. 17. in pr. de actionibus.*) Prætor introduxit, ut haberent remedium Juris, quo ſuum conſequerentur, qui in funus alienum aliquid impenderunt. Sic ait Prætor in *l. 12. §. 2. ff. de Relig. & ſumt. fun. quod funeris cauſa ſumtus factus erit, ejus recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* Equidem videri poterat, non eſſe dandam actionem, cum ſibi imputare debeat, quisquis impendit, ut non improbabiliter videatur impenſam donaſſe, cum donari videatur id, quod nullo jure cogente conceditur *l. 81. de R. J. l. 29. de donat.* Major tamen fuit habita ratio humanitatis, ut invitarentur homines ad impenſam funeris faciendam, quam nemo faceret, denegata actione, atque hoc modo corpora inſepulta jacerent. Sanè quæ ratio fuit, ut prætor edicto negotiorum geſtorum actionem polliceretur *l. 1. ff. de negat. geſt.* eadem & in noſtro caſu conſpicua eſt, eoque major, quod non privatum ſaltem ſed publicum, imò ipſius humanitatis officium hic verſetur.

Origo actionis funerariæ.

§. II.

Cœterùm neceſſaria fuit hæc actio, cum nulla alia competeret (nam datur omni aliâ actione ceſſante *l. 14. §. 12. ff. h. t.*) non mandati, quid enim ſi heres incertus? ſi nondum adiit hereditatem? ſi proteſtetur? Non negotiorum geſtorum; non ratione heredis, qui fortaſſe

Neceſſitas

adhuc nullus eſt & plerumque defuncti ante ſepeliuntur, quàm aliquis eis heres exiſtit *l. 4. ff. h. t.*) nec quoad ipſum defunctum; nam quàmvis in *l. 1. ff. h. t.* is qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto, cujus funus & juſta fecit, contrahere (verius quaſi contrahere, non ſecus ac qui abſentis negotia geſſit *l. 5. pr. ff. de. O. & A.*) credatur, non cum herede; revera tamen ipſius defuncti negotium non eſt, nam vivus nemo ſepelitur, & mortuus nullus eſt: ut ita quaſi contractus in ipſius perſona non poſſit ſubſiſtere, eoque magis, quòd ſumtus funerum ad onus heredis pertineant *l. 14. ff. §. pen. & ult. h. t. & paſſim.* Nec facit quòd actio negot. geſt. ſæpe competat, quando quis poſt mortem alicujus negotia geſſit *l. 3. §. 6. d. negot. geſt.* quod verum eſt de iis negotiis, quæ ejus cum is viveret, vel cum moreretur fuerunt, in quam veniunt ea, quæ negotiis cœptis illo vivo poſt mortem acceſſerunt, ut fœtus, partus, fructus acquiſitiones ſervorum. Patet itaque actionem negot. geſt. non competere de negotiis quæ poſt mortem alicujus geri cæperunt. Hinc ad exemplum ejus neceſſe fuit ex ea cauſa inducere & dare propriam actionem, quæ funeraria dicitur. *Cujac. in tract. ad Reſp. Papin. in l. 17. ff. h. t.*

§. III.

Ex iis, quæ hactenus dicta ſunt, poterit conſtare de neceſſitate noſtræ actionis & ejus natalibus. Cauſam ex quâ profluit, naturam, & qualitates à Prætore datas in ſequentibus commodiori loco exhibebimus. Hic ſaltem ſufficit adjicere definitionem & diviſionem: Poterit definiri, quòd ſit actio à Prætore ex æquo & bono data, perpetua, ſubſidiaria, & privilegiata, quà quis expenſas funeris cauſâ factas repetit ab eo, ad quem res illa pertinet. Diſtingvitur in directam & utilem. Hæc datur 1. ei qui pupillo

Definitio

Diviſio.

pupillo ſive Tutoris autoritate mandante funeravit *l. 14. §. 15. ff. h. t.* 2. Poſſeſſori hereditatis, qui victus non deduxit reſtitutionem impenſarum funeris *l. 32. pr. h.* 3. ei qui veſtimenta legata in funus erogavit *l. ult. §. 2. ff. h.* 4. Fructuario contra heredem, qui in fundum cujus uſusfructus legatus, defunctum intulit *l. ult. pr.* 5.

§. IV.

Directa competit ei, qui impenſas funebras fecit *l. 12. §. 2. de religioſ. & ſumpt. fun.* Sic datur Uxori pro impenſis in funus Mariti, non requiſitis quoq; heredibus factis. *Carpz. p. 1. C. 18. d. 40.* Datur Marito ob impenſas in funus uxoris, *Cujac. tract. ad Reſponſ. Papin. in l. 17. ff. h. t.* nam impenſa funerum eſt æs alienum dotis, *l. 18. ff. h. t.* cum quilibet de ſuo ſepeliri debeat, non de alieno *l. 14. §. 1. ff. h. t.* Dos autem eſt veluti mulieris patrimonium: Nec maritus de fructibus dotis hoc onus ſolvere tenetur; nam matrimonio diſſoluto, onera ejus illicò diſſolvuntur. *Carpz. p. 3. c. 25. d. 19. n. 1.* Nec impenſæ funebres comprehenduntur nomine alimentorum. Imò licet dotem non habeat, mariti tamen onus non erit. Potius ſpectat ad patrem. *l. 28. ff. h. t.* Eleganter *Faber. ad d. l. Debent Parentes Liberis, ut quos in lucem produxerunt, turbato poſtea mortalitatis ordine terræ reddant & ſepulturæ tradant.* Ut ſaltem in ſubſidium maritus obligetur, ſi pater non erit ſolvendo: ne injuria ejus videatur, quondam uxorem ejus inſepultam relinqui. Sic datur hæc actio patri *l. 30. ff. h. t.* licet ad eum dos redeat, propter commodum repræſentationis, quod hîc ſubeſſe poterit, *Faber in Rational. ad d. l. 30.* Datur liberis quatenus conſtat, quod animo repetendi ſumtus fecerint, non nudo pietatis vel affectionis intuitu, *l. 14. §. 9. ff. h. t.* Imò, & heredi funerati. v. gr. contra Maritum ſi dotem

Quibus detur.

lucratur *l. ult.* §. *1. ff. b. t.* ſcil. pro rata dotis *l. 16. ff. b. t*, pro rata verò hereditatis, ceſſat actio, cum ipſe heres eatenus teneatur, *l. 28. l. 27. ff. b. t.* De mandante quæritur, an ei competat actio funeraria? quod aff. quod enim quis per alium facit, ipſe feciſſe putatur, ſive ipſe ſolvit ſive adhuc debet *l. 14.* §. *15. ff. b. t.* Nam id cuique abeſſe videtur, in quo obligatus eſt *l. 28. in fin. de negot. geſt.* Hinc quoque conceditur ei, qui quaſi negotium heredis gerens funeravit, licet ratum non habeat. *l. 14.* §. *16. ff. b. t.* ſcil. ſi quis gerat negotium heredis futuri, non jam facti. Hoc enim caſu datur actio negotiorum geſtorum: quamvis & priori *Faber in Rat. ad d. l.* diſtingvat, an ſubſequatur ratihabitio heredis futuri, vel non: ut ſaltem modo poſteriori detur funeraria, priori verò negotiorum geſtorum actio.

§. V.

Major difficultas eſt in Poſſeſſore hereditatis, & eo, qui ſe putat heredem, an reſtituta hereditate funerariam habeant? Facit pro negativa, quod non habeat repetitionem ſumtuum, quos quis fecit, non ut alium obligaret, ſed ſuo nomine *l. 14.* §. *1. ff. comm. divid.* Qui vero putat ſe heredem, & defunctum funerat, potius proprium quam alienum negotium gerit. Concedunt tamen *Ulpianus in l. 14.* §. *12.* it. *Paulus in l. 32. ff. b. t.* actionem funerariam non directam, propter rigorem Juris, ſed utilem, non tam ob æquitatem, quam potius ob SCtum, quo conſulitur b. f. poſſeſſoribus, ne qua in re damno ullo afficiantur *l. 25.* §. *conſuluit. ff. de bered. petit.* Hinc patet, m. f. poſſeſſoris rationem non haberi, ſi forte ſumtus funeris fecerit: quippe quos potius donaſſe videtur. *Fab. in Rat. ad l. 32. ff. b. t.* Competit quoque actio Legatario rem legatam impendenti *C. A.*

b. th. 23.

h. tit. 23. Illud facilè conſtat, eam tranſire ad heredes cæterosque ſucceſſores *l. 31. §. ult. ff. h. t.* Hæc enim eſt ex numero rei perſecutoriarum, quarum natura talis eſt, ut heredibus dentur.

§. VI. Cæterum quod dictum eſt, funerariam actionem competere omni, qui impenſas funebres fecit, hactenus verum eſt, quando quis animum repetendi habuit. Hic quidem facilè præſumitur in perſonis extraneis; neque hoc caſu funerantis proteſtationem de animo repetendi neceſſariam cum Accurſio exiſtimamus. Contra quam vult *Faber in Ration. ad l. 14. §. 8. h. t.* quem, verbum *oportebit* non juvat, quippe quod conſilium magis, quam neceſſitatem importet. Dantur ſanè gradus miſericordiæ, & tribuitur quidem pietati & affectioni funerantis funerari, non verò requiritur, ut ſuo ſumtu fecerit. Ipſe *Faber d. l.* facilè admittit, proteſtationem non requiri, ſi poterit præſumi, ſic ſumtus factos eſſe, ut repetantur, v. g. ſi facti ab eo, qui bona aliena adminiſtrabat. *arg. l. 34. ff. de negot. geſt.* In perſonis tamen conjunctis omiſſio proteſtationis facilè inducit præſumtionem pro pietate, quanquam propterea ſui heredes, nec hereditati ſeſe miſcuiſſe, nec extranei eam adiiſſe præſumantur *d. l. 14. 19.* ut ut major videatur ratio pro immixtione in ſuo herede, quam in extraneo pro aditione. Nam conſtat nunquam immixtionem vel aditionem præſumi ex facto, quod poteſt fieri citrà jus & nomen heredis, ut ita ſuperflua ſit proteſtatio, *quod pietatis gratia faciant*, quæ ſola ſumtus erogatos non conſervat. latè *Fab. ad d. §. 19.* Sic liberos, cum parentes funerant, oportet teſtari, ut ſumtum poſſint ſervare. *Fab. d. l.* cujus rei argumentum deſcriptio impenſæ in libro ſola non eſt ſufficiens. *Mev. 8. d. 195.* niſi facta fuerit in libro,

in quem inſcribuntur credita & debita, Idem *d. l. n. 2.* vel addita cauſa tali, quæ creditum conſtituit. Non idem dicendum eſt de uxore, quæ ſumtus fecit in funus mariti, non requiſitis deſuper heredibus: quos repetit, licet ſuper repetitione non fuerit proteſtata. *Carpz. p. 1. C. 28. D. 40. n. 3.* quamvis tutius agat, ſi proteſtetur *Id. d. l.* Patet itaque ex ſupra dictis, non omni, qui impenſas in funus fecit, hanc actionem dari. Sic non competit, qui non animo repetendi, ſed pietati & affectioni tribuens; funeravit *l. 14. §. 7. ff. h. t.* Non competit, quoties quis aliam actionem de funeris impenſâ conſequendâ habet.

§. VII. Subſidiaria eſt, quia eam Prætor propoſuit, omni aliâ deficiente. Hinc qui mandato alterius funerat, funerariam non habet *l. 14. §. 15. h. t.* Cum huic ſufficiat mandati actio, contra mandantem. Sanè, ſi hæc mandatario inutilis foret propter mandantis inopiam, utilem funerariam concedit *Faber ad d. §.* Sic qui in funerando defuncto habet animum gerendi negotia heredis, ceſſante actione funerariâ habebit in heredem, cum quo quaſi contrahit, actionem negotiorum geſtorum, hujus enim contemplatione defuncto juſta fecit. *Cujac. tract. ad Reſponſ. Papin. in l. 17. ff. de relig. & ſumt. fun.* quod Fab. *ad d. l. 14. §. ſi tamen 16.* reſtringit ad eum caſum, quo heres jam exiſtit: adeò, ut funerans quaſi gerendo negotia futuri heredis, non ſubſecutâ ejus ratihabitatione (quæ quidem tum poſſet producere actionem negotiorum geſtorum) ad funerariam actionem confugere omninò debeat.

Contra quos detur.

§. VIII. Dictum hactenus fuit, quibus actio funeraria competat, tractandum, contra quos detur. De quo ita loquitur *l. 14. §. ult. h. t. Datur actio adverſus eos,*

ad

ad quos funus pertinuit,ut puta adverſus heredem,bonorumve poſſeſſorem,cæterosque ſucceſſores. Hoc eſt ſive ſint heredes ex jure Civili, ſive à Prætore habeantur loco heredum, quales ſunt bonorum ſucceſſores *l. 1. & 2. de bonor. poſſeſſ.* ſive ſint directè,ſive fideicommiſſarii, imò ſufficit, quod libertatum conſervandarum cauſa ex conſtitutione Divi Marci bona defuncti addicantur, de quo *Juſtin. in tit. Inſtit. de eo, cui libert. cauſ. bon. ad.* Datur contra patronum, qui bonorum poſſesſionem petiit contra tabulas. *l. 15. ff. h. t.* Contra eum,ad quem dotis nomine quid pervenit *l. 16. & ſeqq. h. t.* Contra Dominum ob impenſas in funus ſervi vel ancillæ factas *l. 31. §. 1. ff. h. t.* Contra poſſeſſores feudi,imò contra ipſum feudi Dominum. Denique contra ipſum magiſtratum. De his omnibus & ſingulis in ſequentibus agemus.

§. IX. In anteceſſum generaliter monendum, dari actionem funerariam contra omnem eum, cui incumbebat defuncto juſta facere. Sic ait Prætor *in l. 12. §. 2. quod funeris cauſa ſumtus factus erit, ejus recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* Sic loquitur *l. 14. §. ut.Datur autem hac actio adverſus eos,ad quos funus pertinet.* Et quidem nonnulli obligantur principaliter, alii in ſubſidium. Priori caſu obligatio procedit vel ex ipsâ naturâ; ut in iis, qui ſibi proximè ſangvine ſunt juncti: vel ex acquiſitione bonorum funerati: & vel ſtatim ab initio; indè obligatio funerandi perſonam poteſtati dominicæ ſuppoſitam; vel ex poſt facto: & rurſus vel titulo univerſali; hinc obligatio heredum,eorumque qui per univerſitatem bona acquirunt ad impenſas funeris; vel ſingulari; indè obligatur maritus vel alius pro quantitate dotis quam recipit.In ſubſidium; Vel intuitu *conjunctionis*, quæ vel ex ſangvine,

vel ex conventione; & vel individuæ conſociationis cauſa, ut in matrimonio, vel propter mutuam fidem ex nexu feudali; vel *ſubjectionis*, ſolâ humanitatis conſideratione. Inde facilè patet 1. quod detur contra heredes, ſive ad defuncti bona veniant ex juſtâ ipſius voluntate, ſivè ex præſumtâ, ſecundum modum per *Novell. 118.* in ſuccesſione determinatum, imò licèt ultimum judicium impugnando contra ipſius voluntatem ad ſucceſſionem veniant. Sic qui evertit per querelam inofficioſi teſtamentum, tenetur de impenſis: nam & hic heres eſt & ſuccedit ab inteſtato. *l. 8. §. 16. d. querel. inoff. l. 15. §. 2. verſu quia audimus, eod.* Et hoc eſt expreſsè deciſum in Patrono, qui bonorum ſucceſſionem obtinuit contra Tabulas *l. 15. ff. d. relig. & ſumt. fun.* cum ad ſumtus, qui propter onera hereditatis juſti fiunt, teneatur *l. 6. §. 1. ff. ſi poſſ. hered. petita.* Cæterùm quod heredes attinet, qui cum beneficio inventarii hereditatem adierunt, hactenùs ſaltē tenentur, quatenus ad ipſos pervenit non ultra (niſi fortaſſe ex alio principio, quod curam totius ſepulturæ ipſis imponat, ad refuſionem omnium ſumtuum obligentur) nec enim facit confectio inventarii, ut non ſit heres, ſed ut ultra vires hereditatis non teneatur. *Mev. 2. d. 357. n. 12.* Sanè re integrâ & nondum confusâ hereditate cum bonis heredis, ipſi integrum eſt, bona hereditaria cedere creditoribus, adeò, ut per iſtam ceſſionem omninò liberetur. *Carpz. p. 1. D. 25. per tot.* Factâ tamen ſemel electione, quod bona velit retinere, adeò ſe facit debitorem, ut ampliùs pœnitere non liceat, & quandoque caſus fortuitus in rebus hereditariis eveniens ipſi imputetur, latè *Mev. 2. D. 357.* Patet 2, quod hæc actio detur contra patrem. Et quidem cum in peculio caſtrenſi & qſ. filiusfamilias heredem poſſit habere (patre nec poſteriori

riori caſu querelam habente *l. ult. C. de inoff. teſt.* quam per *Novell. 123. c. 9.* non correctam eſſe putamus, vid. *Brunn. d. l. ult. C. d. inoff. teſtam.*) in bonis autem filii emancipati lex Anaſtaſiana, jura fratribus legitima ſervaret *l. 13. C. de legit. hered.* hactenùs ſaltem tenetur pater, quando vel peculium filiusfamil. non habet, vel heres ipſius non erit ſolvendo, quippe cui præ patre onus hoc *incumbit l. 31. t. b.* ibique *Faber in Rational.* Jure noviſſimo cum parentes in bonis liberorum defunctorum unà cum fratribus & ſororibus germanis, jure verò Saxonico ſoli ſuccedant, vel pro rata, vel in ſolidum obligantur. Quid verò dicendum, ſi parentes defunctorum liberorum heredes non exiſtunt an teneantur? Utique, non quidem ſecundum ordinem ſuccedendi, ſed ſecundum ordinem, quo ad alimenta obligantur. Hinc præ matre tenetur pater, cujus eſt liberos alere, adeo, ut ad inſtantiam matris Judicis officio ad hoc cogi poſſit. *Brunn. ad l. 3. & 4. C. de alend. liber.* Etiam ſi filius bona ſua luxu conſumſerit *Dn. Struv. Ex. 30. th. 76.* & quanquam ingrati non ſint alendi, funerandi tamen omninò erunt, nec neglectum à liberis pietatis officium faciet ceſſare patris pietatem. Sic ad ſumtus in funus ſpurii factos tenetur pater: tenebatur enim ad alimenta, *Gail. Obſ. 26. c. 88.* quo nomine quoque veniunt medicamenta & ſumtus funerum. *Renneman. p. 3. Juriſpr. D. 39. th. 8.* Poſt patrem avumque paternum, ſequitur mater & avus maternus, qui cum debeant alere *Sand. l. 2. d. 8.* tenentur ad ſumtus funeris. Hæc quidem obtinent, quando mortalitatis ordo turbatur. Cæterum & liberos ad hanc pietatem non minori naturæ vinculo obſtringi, facilè conſtat, cum ad alimenta juxta parentum dignitatem præſtanda obligentur. *Brunn. ad l. 1. C. de alend. li-*

ber. & parent. De collateralibus non videtur adeò expeditum eſſe. Sanè frater & ſoror, quandoquidem egenum fratrem ex pietate alere debent, ſi ipſi habeant unde vivant. *Sand. l. allegat.* vtique huic oneri erunt ſuppoſiti. Idem dicendum de fratre uterino. Nec *facit l. 12. §. 3. ff. de adminiſt. & periculo. tutor.* Nam argumentum à dote ad alimenta negativè non ſemper procedit. De remotioribus cognatis illud vix tutò aſſeri poterit, v. g. de patruis, avunculis aliisve perſonis ſimili reſpectu ſibi junctis. Nam nec patruus fratris filium alere cogitur. *Sand. loc. ſæp. alleg.* multo minus extendendum erit ad ſuſceptorem è ſacro baptiſmate *Dn. Struv. Exerc. 30. th. 78.*

§. X.

De marito quæritur, an & contra hanc detur actio funeraria? In quâ quæſtione decidendâ per varias diſtinctiones incedere oportet. Vel enim maritus diſſoluto matrimonio nihil percipit ex bonis uxoris, vel dotem lucratur, priori caſu, licèt dos in matrimonio mulieris fuerit ſoluta, quod nonnullis caſibus ei facere legibus permiſſum eſt *l. 27. §. 1. ff. h. t.* non tenetur. Hinc ſi mulier fructuaria uſumfructum in dotem dederit, & eâ in matrimonio decidente, uſusfructus cum proprietate conſolidatus ſit, maritus non tenetur quicquam in funus conferre, quippe qui nihil emolumenti ob dotem habere videtur: quia etſi uxorem eam non duxiſſet, fructuariæ morte finitus uſusfructus ad proprietatem rediret *l. 78. pr. ff. d. jur. dot.* Potius ille conveniendus, ad quem dos redit, etiam ſi ſit extraneus, qui hac lege eam dederit pro muliere, ut ad ipſum rediret, ſi in matrimonio mortua eſſet *l. 20. pr. in f. ff. h. t.* In ſubſidium vero obligatur maritus, ob honorem tranſacti matrimonii, ſi forte heres

muli-

mulieris neque habeat, neque pater ſolvendo ſit *l.28. ff.* quanquam cum eo rectè agitur, antequam dos patri reddatur, adeò ut antequam pater dotem recuperaverit, vir ſolus ſit conveniendus *l. 17. ff. h. t.* quippe apud quem dos eſt & quidem jure dominii, quousque patri non eſt reſtituta. *Fab. in Rational. ad d. l.17.* Ut tamen maritus minùs poſtea patri reſtituat *d. l. 17. l. 29. §.1. ff. h. t.* Poſteriori caſu videndum, an legibus ob pœnam divorti, an verò ex morte mulieris propter pacta dotalia dotem lucretur. Illo caſu funeris impenſam non præſtat *l. 29. ff. b. t.* (quæ lex moribus non malè fortaſſe poterit applicari ad caſum, quo ob adulterium maritus dotem lucratur) poſteriori videndum an alia bona præter dotem relinquat, tunc enim heres & maritus, pro portione tenentur. *l. 22. 30. §. 1. h. t.* non obſtante *l. 15. ff. h. t.* Hinc impenſæ in uxoris defunctæ exequiis factæ conjunctim tàm à marito ſuperſtite, quàm heredibus, pro ratâ tamen ſolvendæ ſunt. *Carpz. p. 3. C. 25. Defin. 19.* Sic ſi in dote centum ſint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unā maritus confert *l. 23. ff. h. t.* adeòut ab herede nec legata *l. 24. ff. h. t.* nec precia manumiſſorum, nec æs alienum deduci poſſit, ſcil. in commodum heredis, alias verò reliqua mulieris hereditate vix æri alieno ſufficiente, potius ex dote tantum eam funerari oportet *l. 20. §. 2. ff. h. t.* ut hoc modo creditoribus conſulatur; aut non alia bona reliquit quam dotalia: quæ ſi ſufficiunt in funus, maritus funerariâ convenietur, pater autem non. *l. 20. §. 1. ff. h. t.* adeò, ut ſi fortè pater quid in funus filiæ impendit, aut alio agente ſecum funeratitia, id ipſe à marito recipiat, & quidem, ſi dos patri reſtituenda eſt, hanc impenſam ſtatim pater conſequitur. *l. 30. pr.* licèt reliquum

dotis

dotis ſtatuto demum tempore ſolvendum ſit. *l. 60. ſoluto matrimonio.* Si verò permodica fuit dos, in patrem in ſuperfluum debet actio dari. *l. 20. §. ff. h. t.*

§. XI. Dominum quod attinet, contra hunc funerariam actionem habet, qui ſervum alienum vel ancillam funeravit *l. 31. §. 1. ff. h. t.* Eſt enim hoc onus quodammodo humanæ conditionis *l. 27. in fin. d. condit. Inſtitut.* Hinc cum ipſis ſepultura debeatur, à nemine alio ipſis poterit deberi, niſi à domino *Fab. in rational. ad d. l.* Hinc funus ſervi eſt æs alienum domini, quamvis hoc caſu actio de peculio non competat. Moribus, cum liberorum hominum operâ utimur, vix aliter poterit conveniri dominus, quàm ratione mercedis, quam fortè adhuc debet.

§. XII. Succeſſores feudales, quandoque ad impenſas in funus defuncti factas obſtricti ſunt. Hinc cum ex feudo alimenta iis perſonis debeantur, quæ tanquam minus perfectæ à feudi ſucceſſione arcentur *Carpzov. p. 2. C. 46. d. 28.* quis hoc caſu ſucceſſores feudales ab onere funerandi liberos pronunciaret? Sic filia, antequam in matrimonium elocaretur defuncta, ſi aliunde non habet, ut more honeſto ſepeliri queat, vel ſolùm æquitatis, ne dum pietatis officium ſucceſſores feudi ad impenſas in exequias faciendas obſtringit. Juxta tradita *Carpz. p. 2. C. 46. d. 2.* & quanquam ipſe *d. C. d. 36.* velit, quod ad impenſas funebres in exequias Vaſalli defuncti factas reddendas nullo jure inviti cogi poſſint, eo, quod ſit debitum perſonale, ſolos heredes allodiales ad ejus exſolutionem obligans: Tamen æquior longè eſt ſententia Magnifici *Dn. Struv. in Syntagm. Feud. a. 20.* ob ſummam æquitatem & cauſæ favorem, ne defunctus ſine quadam ejus injuriâ inſepultus jaceat, deficientibus

bo-

bonis allodialibus feudi ſucceſſores ad impenſas ſuppeditandas obſtringentis, quam præjudicio quoque confirmat. Denique omnibus aliis deficientibus, quibus hoc onus incumbit, vel non exiſtentibus ſolvendo, nec ipſo funerato quicquam in bonis relinquente, cum impensæ ex publico ſumi debeant, contra Magiſtratum dabitur actio funeraria ei, qui fortè impenſas fecit. Eleganter *Mev. 2. deciſ. 222. num. 7.* ſi bona defuncti non adſunt, creditoribus patris onus illud injungi non magis poteſt, quam aliquis cogi, ut pauperem ſuo ſumtu funeret. Publica tunc ſuccedit pietas. Hinc facilis reſponſio eſt ad quæſtionem, quis infantem expoſitum funerare debeat? Nec enim hoc onus rectè imponitur univerſitati, ubi expoſitus, quamvis onus alendi ei velit imponere *Sand. l. 2. d. 8. th. 4.* A quâ ſententiâ merito recedit *Carpz. in Criminalibus*: potius pertinet ad eum, cui in loco competit jurisdictio, indeque hujus erit providere ſuis ſumtibus de ſepulturâ.

§. XII. Venit autem in hanc actionem omnis ſumtus funeris cauſa factus, ſine quo funus duci non potuit *l. 37. pr. ff. de relig. & ſumt.* in qua continetur (1) quod ungventorum cauſa erogatum eſt, ſcil. ſecundùm mores Romanos, quibus ungvebantur corpora. Hinc quod ſervus in odores & ungventa impendit & ad funus erogavit, quod ad dominum pertinebat, videtur in rem domini verſum *l. 7. §. 3. ff. d. in rem verſ.* Quamvis creditori funeraria actio h. c. non competeret, ſi non ipſe in funus pecuniam impendiſſet, ſed, cum ſervo credidit, licet in eam cauſam, neceſſaria eſt ei actio de in rem verſo. Agit enim ex contractu ſervi *l. 41. de pecul. Faber in Rat. ad d. l. 7. §. 3. ff. de in rem verſo.* (2) Si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus infertur: ne- *Ad quid detur.*

ceſſariò enim locus parandus, in quo corpora condantur, cùm aliàs funus duci non poſſit. 3. Si qua vectigalia ſunt, i. e. quæ in itinere præſtantur, dum corpus ex uno loco in alium transfertur. *Cujac. 11. Obſ. 21.* quæ tandem ſublata eſſe teſtatur *l. ult. C. h. tit.* Huc quoque pertinet illa impenſa, quæ facta eſt, ut corpus peregrè mortuum perferretur *l. 14. §. 3. ff. h. t.* add. *l. 112. §. pen. ff. de condit. & demonſtr.* Multò magis ea quæ erogata eſt in delationem mortui *l. 14. §. 3. ff. h. t.* ibique *Gothofred.* 4. Sarcophagi, quo nomine intelligitur ſepulchrum ex lapide fiſſili, corpora celerrimè, quadrageſimo ſcil. die conſumente, qui in Trojade plurimis locis naſcebatur. *Gothofred. ad l. 18. §. ult. d. alim. & cib. leg.* cui contrarius eſt chernites lapis, qui cadavera à putredine vindicat, uti ex Plinio explicat *Gothofred. ad l. 37. pr. de relig. & ſumt. funer.* Nobis tamen vulgari locutione Sarcophagum eſt ſepulchrum quodlibet *Faber in Ration. & d. l. 37. pr.* 5. Vectura, Græci videntur legiſſe veſtiaria, non vectura, *Cujac. 1. obſ. 21.* Solebant enim cadavera honeſtiſſima veſte efferri, quæ in plebis funere vulgata, in Magiſtratibus togâ prætexta, in Cenſoribus purpurea tota *Gothofred. ad l. 14. §. 4.* Et hæc ſimul cum mortuo cremabatur, quamvis ineptæ defunctorum voluntates uti generaliter circa ſepulturam, ita nec hoc caſu, ſi modus excedebatur, valerent. *vid. l. 113. d. legat. 1. l. ult. in f. ff. d. aur. & arg. leg.* Sanè de Jure Civili veſtes lugubres quæ proximioribus cognatis, funus comitantibus dari ſolent, ſub impenſâ funeris non continentur. 6. Denique generaliter dicit *JCtus ad l. 37.* quicquid corporis causâ antequam ſepeliatur, conſumtum eſt, funeris impenſa eſt, quod clarius proponitur *in l. 14. h. §. 4. h. t.* v. gr. Si quid ad corpus cuſtodiendum vel etiam commendandum factum

eſt:

eſt: Alii legunt *commundandum* qſ. idem eſſet ac *lavare* & *abluere.* Quam lectionem reprobat *Cujac. 2. obſ.17.* nam ut corpus mortuum commundetur rarius eſt, & à ditioribus & politioribus duntaxat obſervatum, *Fab. in Rat. ad d. l.* Interim *Cujac. l. alleg.* verbum commendare, nec ad næmias nec præficarum laudationes referri poſſe putat, cum his non corpus i. e. cadaver mortui, verum vir ante jam defunctus commendetur: Verius eſſe ait, verbum *commendare* eo in loco nihil aliud eſſe quam *deponere*, quoad juſtæ ſepulturæ tradatur *arg. l. 24. ff. depoſit.* Ut paucis contrahantur quæ hactenus dicta ſunt, in actionem funerariam de jure Civ. veniunt ſumtus funeris cauſa facti, veluti ad pompam exequiarum, ad elationem corporis, ad locum ſepulchri, ad perferendum corpus hominis peregrè mortui, ad cuſtodiendum & commendandum corpus. *Cujac. 2. Obſ. 17.* Ubi quoque de circumpotationibus, quam impenſam, licèt *leg. XII. tabul.* ſublata eſſet, quando tamen populus eam receperit, funeris eſſe ſtatuit; non ſecus ac unctura eſt, quæ quidem erat prohibita, populus tamen ab eà non abſtinebat. Sanè expenſæ in curationem ægroti factæ, de jur. Civ. huc non pertinent.

§. XIII.

Moribus noſtris impenſarum funebrum nomine continentur, quæcunque corporis cauſa erogata fuêre, ſcilicet ſecundum conſuetudinem loci, ubi quis mortuus, & dignitatem & facultates ejus erogare oportuit. *Garſ. d. Expenſ. c. 8. n. 2.* Facit huc omninò lex *14. §. 6, verſ. æque ff. h. t.* Sic 1. venit pretium, quod pro ſepulchris in templo vel cœmiteriis dare oportet & citra Simoniæ crimen accipi poteſt. *Carpz. l. 2. Jurispr. Conſiſt. tit. 24. def. 39.* 2. honorarium quod miniſtris Eccleſiæ & ſcholæ

pro deductione funeris, item quod pro concione funebri præſtandum eſt. *Carpzov. in Juriſpr. Conſiſt. l. 1. def. 112. & ſeq.* (3) Quicquid in ipſum corpus cuſtodiendum, vel commendandum, vel veſtem collocandam neceſſariò impenſum eſt *l. 14. §. 4. h.* (4) Sumtus in ægroti curationem facti, quibus etiam ſalaria Chirurgorum accenſentur. *Carpzov. Juriſpr. Forenſ. p. 1. Conſtit. 28. def. 43. Surd. deciſ. 255. num. 25.* (5) Veſtes lugubres, quæ debentur viduæ mariti. *Mev. 6. deciſ. 242.* Item quæ liberis & familiæ debentur. *Surd. deciſ. 255. num. 28.* Impenſæ lugubres puta faſciæ ſericæ, quæ proximis cognatis funus comitantibus dari ſolent. *Habn. ad VVeſenb. hic num. 6.* Item quæ in defunctorum convivia paranda, coemta ſunt. *Carpz. d. l. def. 41.* Et hæc quidem, ſi conſvetudine loci ita ſervetur, vel defuncti dignitas ſingulariter expoſcat. *Habn. ad VVeſenb. h. n. 6. Conf. Joſeph. Ludov. p. 2. d. 78.* Sanè hæc omnia Judicis arbitrio ejusdemque diſcretioni committuntur. *Carpz. d. l. def. 42. num. 2.* Et præprimis modus obſervandus eſt, non quantum teſtator voluit, ſi damnum alteri immineat. *l. 1. §. d. impenſ. ad L. Falcid.* Nec enim debitoris diſpoſitione de ſumtibus immodicis præjudicari poteſt reliquis creditoribus. *Carpz. l. all.*

§. XIV. Cæterum quod de lugubribus veſtibus dictum eſt, quod eæ debeantur viduis, tum quidem expeditum eſt, quando defunctus non fuit obæratus. Hinc ſi multum fuerit ære alieno gravatus, licet veſtes lugubres præſtandæ ſint, quippe, quæ debeantur, ſi vel animam maritus debeat *Mev. 6. deſ. 242. num. 3.* tum ob pietatem, quæ eſt in honeſtâ ſepulturâ, tum ob utilitatem, ne cadavera maneant inſepulta, magni pretii veſtes non poterunt exigi, ſed habenda omninò ratio facultatum

&

& pro harum modo Judex impenſam moderabitur. *Mev. d. l.* Sanè ſi tempore obitus & ſepulchralium mariti propriis veſtimentis contenta, nihil ultra in lugubria impendit, in concurſu creditorum ea, quæ alias viduæ iſto loco præſtari ſolent, malè petit. *Mev. 6. d. 243.* Tum enim debentur, ſi vel ex bonis mariti ſumſit, vel de ſuo comparavit, cum proteſtatione tamen de repetitione reſervandâ, vel ab alio viduæ data ſunt, & in creditum verſa.

§. XV. Quod fundamentum, naturam, aliasve qualitates actionis noſtræ attinet. Sciendum (1) quod Dd. ferè eam ſtatuant perſonalem, quaſi ex contractu, multo magis quam negotiorum geſtorum *Oldend. de act. Claſ. 5. act. 17. Habn. ad VVeſenb. hic num. 7:* eam vocat adjectitiam qualitatem quaſi contractus negotiorum geſtorum. *Colleg. Argent. h. tt. 18.* ipſam deducit ex quaſi contractu, cum hic quaſi non cum herede, ſed cum dejuncto contrahere videatur. Sic *Fab. in Rational. ad l. 1. §. 2. h. t.* Naſcitur, inquit, hæc actio, ut videtur, ex quaſi contractu non minus quam actio negotiorum geſtorum *l. 5. pr. de O. & A.* ſed ita tamen, ut qui funerat non tam cum herede, qui fortaſſè adhuc nullus eſt, quam cum defuncto ipſo contrahere intelligatur. Contrahit autem cum hereditate & proinde cum defuncto, cujus locum hereditas tenet. Dici fortaſſè poſſit, quod licet factum aliquod obligatorium ſubeſſe, & hactenus hoc negotium cum quaſi contractibus coincedere videatur, tamen ex facto illo non immediatè actio deſcendat, ſed potius ita à Prætore, qui quidem ipſam funerationem reſpexit, data atque formata fuerit, uti æqvum & bonum viſum. Sanè hæc eſt natura actionum ex quaſi contractu profluentium, ut unam perſonam, cujus negotium principaliter

Natura & qualitates.

paliter ſubeſt, reſpiciant, quale quid de hac actione dici non poteſt. Sic datur contra maritum, qui dotem poſſidet *l. 17. ff. h. t.* hanc patri l. m. extraneo reſtitutam comitatur. *l. 16. ff. eod.* Si perſonalis, ſi ex facto obligatorio, ſi ex qſ. contractu, cur dote reddita contra patrem? cur ſi hic non ſolvendo, rurſus contra maritum? Certiſſimum hoc argumentum eſt, eam non mere perſonalem nec ex qſ. contractu eſſe. Ipſe *Faber in Rational. ad l. 14. §. hæc actio quæ funeraria* largitur eam non naſci ex contractu vel qſ. præſertim ſi ſumtus funeris factus ſit ante aditam hereditatem. Facit huc *l. 14. §. 13.* ubi JCtus generaliter putat, judicem juſtum non meram negotiorum geſtorum actionem imitari, ſed ſolam æquitatem ſequi. Præterea Dd. non conveniunt in qualitate actionis. Communiter eam venditant pro actione b. f. *Hahn. ad Weſenb. n. 6.* per *l. 14. §. 6. ff. hic* ubi hæc actio, quæ funeraria dicitur ex bono & æquo oritur. Idem ſtatuit *Colleg. Argent. h. th. 30. n. 2.* (1) quia Judex in ea datus eſt arbiter *l. 14. §. 7. verſ. Igitur æſtimandum erit arbitro. h.* qui cognoſcit de æquitate *l. 14. §. 10. h.* ex æquo & bono *l. 14. 6. h.* (2) quod imitetur actionem negotiorum geſtorum *arg. l. 14. §. 16. h.* & *l. 25. d. negot. geſt.* (3) quod videatur eſſe ſpecies actionis negotiorum geſtorum *l. 14. §. 16. h.* Alii negant, non obſtante quod dicatur eſſe ex æquo & bono: cum diverſum ſit, actionem eſſe bonæ fidei & actionem naſci ex æquo & bono i. e. ſuggerente æquitate. Priori caſu bona fides opponitur ſtricto juri. Poſteriori malæ fidei & dolo malo, ut *in l. 4. d. obl. & act. l. 11. in fin. d. dolo.* (Et hactenus actio noſtra ad excluſionem malæ fidei & doli dicitur bonæ fidei, cum non poteſt plus repeti, quam revera impenſum, quandoque ſi modus excedatur animo onerandi hereditatem, ne

hoc

hoc quidem ſemper,ut ita ubique æquitas & bona fides attendatur: Imò cùm hoc modo conſiderata bona fides, in ſtrictis etiam judiciis quandoque locum habeat, ut in *l.38.§.ſi actionem.ff.de uſur.* Alio adhuc ſenſu poterit dici bonæ fidei, quatenus hæc ſolutior eſt & in aliis actionibus, quæ ex æquo & bono naſcuntur locum habet, conferatur omninò *Faber in Ration. ad l.14.§.14.ff. h.t.)* Ibi datur Judici poteſtas ex æquo & bono judicandi, non etiam hic. Sic ſentiunt *Zaſ. h. t.n.9. Faber. in Ration. ad l.14.§.6.h.t.* Quorum ſententiæ & nos adſtipulamur, quamvis cum *Fabro l. all.* facilè admittamus, quod easdem præſtationes cum actionibus bonæ fidei habeat. v.g. circa uſuras, intereſſe aliasve acceſſiones, quales in actionibus bonæ fidei attenduntur, non tàm quod ſint bonæ fidei, quàm quod in iis ratio potisſimum æquitatis habeatur. *l.31.ff. depoſiti.*

§. XVI.

Cæterùm hæc actio valdè privilegiata eſt, nam impenſa funeris ſemper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum ſolet præcedere, cum bona ſolvendo non ſunt *l. 45. ff. h. t.* Et quidem hoc extra controverſiam poſitum eſt, tàm quoad credita chirographaria, quàm ea, in quorum ſecuritatem lex hypothecas tacitas introduxit. textus expreſſus eſt, *in l 14.§.1.ff.h. t.* An verò creditoribus etiam expreſſam anteriorem habentibꝰ præferatur, nō omni dubio caret. Negant plurimi quos adducit & ſequitur *Vincent. de Franchis deciſ.51. num.1.7.* (1) ob communes Juris regulas, nam qui prior tempore, potior jure *l. 4. & paſſ. C. qui potiores in pignor.* (2) Ob *leg: 9. C. eod.* quæ ait, eos, qui acceperunt pignora cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quæ perſonalibus actionibus competunt præferri. (3) Quod Juris

ris ratio vix videatur admittere, ut creditor, qui tam diligenter ſibi proſpexit, ut melius non potuerit, damno afficiatur. *l. 3. ff. de ſeparat.* Faciunt cum iis *Piſtor. Neguſant.* & alii allegati à *Berlichio part. 1. Concl. 64. n. 86.* qui ad leges in contrarium ab ipſis adductas reſpondent, quòd cum generaliter loqvantur, intelligendæ ſint de creditoribus, vel perſonalem actionem, vel hypothecam tacitam habentibus, ut evitetur abſurdum. Verum pro affirmativa ſtant majoris momenti rationes, quam ut ab iis recedi posſit (1) enim leges generaliter loqvuntur, notabilis textus eſt in *l. 45. ff. h. t.* Impenſa funeris ſemper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum ſolet præcedere. Qui verò dicit omne, nihil excludit, præprimis ſi particula ſemper vel alia ſimilis adjiciatur. (2) Impenſa funeris doti præfertur. *l. 18. ff. h. t.* Hæc hypothecæ expreſſæ. *l. final. C. qui potior in pignor.* Ergò illa quoque neceſſariò poſteriori *Berlich. p. 1. concluſ. 64. num. 86.* (3) Facit huc *l. 14. §. 1.* ubi non ſaltem de inquilino, ſed etiam colono agitur, cujus tamen bona non ſunt pignori obnoxia, niſi per expreſſam conventionem, nec tamen dubitat JCtus, quin impenſa funeris præ ſolutione mercedis in ejusmodi rebus potior eſſe debeat. Conferatur *Surd. Deciſ. 112.* præprimis *d. 255.* ubi plures rationes & ſufficientisſimas Reſponſiones ad contraria affert. Et hæc affirmativa in foro quoque Saxonico recepta eſt. *Carpz. 1. C. 28. d. 39. n. 6.* Imò hoc extendit *Fab. in Rational. ad d. l. 45. ff.* etiamſi inter debitorem & creditorem expreſſam hypothecam habentem conventum, ut ſi debitor non ſolvendo moriatur, creditum impenſam funeris præcedat, non valere conventionem, tanquam initam contra bonos mores, utilitatem publicam & honeſtatem.

§. XVII.

§. XVII. Extenditur hoc jus prælationis,etiam quoad creditores expreſſam anteriorem hypothecam habentes, *Carpzov. part. 1.28. 43.* ad ſumtus in curationem factos, v. g. ſalaria Medicorum, Chirurgorum & aliorum, *Ber. lich. part. 1. C. 64. num. 96.* modo ex iſtâ infirmitate defunctus deceſſerit, *Surd. d. 255. num. 26.* (nam qui ante in alium morbum facti ſunt, hoc privilegio non gaudent, *Berl. l. alleg. n. 98. & ſeq.* ubi obſtantibus ſatisfacit *Carpzov. p. 1. Conſt. 28. d. 45.*) Nec facit,quod pro iis non detur actio funeraria, quæ competit ſaltem ob impenſas circa ipſum funus factas: nam datur ob eas petitio non minus favorabilis quam eſt cauſa funeris, ut eleganter loquitur *Surd. l. all.* adeô, ut hæc repetitio locum habeat, licet etiam invito ægroto impenſæ factæ fuerint. *Brunn. ad l. 3. C. h.* Et quidem hoc privilegium ex jure civili eſſe volunt *l. 4. C. d. hered. petit. l. 3. C. de religioſ. & ſumt. funer.* cum expenſæ funebres cum expenſis in curam ægroti factis conjungantur, ut tamen illis funebribus, hæ in curam factæ poſtponantur. Verum rectius conſuetudini imputatur *Brunn. ad l. 3. C. de religioſ.* ubi diſſentientibus ſatisfacit.

§. XIIX.

Melius fortaſſe ex jure civili poterit probari, quod ob expenſas in funus liberorum debitoris competat jus prælationis: videndum tamen, an ab ipſo patre factæ ſint, tum hoc jure gaudent, *per l. 17. ff. d. rebus auth. jud. poſſ.* ibiq; *Bartolus:* an poſt patris mortem creditum propterea contractum, & tum vel heredes ejus ſunt vel non: priori caſu patris debitoris jure fruuntur; poſteriori, ſi quid prætendant ex bonis paternis, ex iis funeratio fit, & pro eo creditum eodem ordine locandum, quo liberorum creditum ! ſi nihil juris eſt funerato in bonis patris,

D non

non quicquam] à creditoribus, quam quod ex pietate concedere velint, peti poteſt. Ita *Mev. 2, deciſ. 221.* Sanè jure Saxonico, impenſæ quæ in ſepulturam conjugis & liberorum ante defunctorum fuere erogatæ, hac prærogativâ non gaudent. *Carpz. p. 1. C. 28, d. 40.* multo minus eæ quæ in curationem uxoris & liberorum debitoris factæ, *Id. d. def. 44.* Illud ſciendum, quod hoc privilegium non tantum funerariæ actioni competat, verum etiam cuivis alii, quâ ſumtus funeris repetuntur. *l. 17. pr. ff. d. rebus aut. jud. poſſ.* etiam actioni ex ſtipulatu, ſi non abjiciendi privilegii cauſa ſtipulatus quis ſit *d. l. 17. in fin. pr. C. A. d. religioſ. th. 30. n. 3.*

§. XIX.

Cæterum quæ hactenus de jure prælationis pro impenſis funerum dicta ſunt, tunc demum procedunt, quando revera factas eſſe conſtat, cujus rei probatio repetenti omninò incumbit *l. 4. C. de hered. petit. l. 3. C. d. religioſ.* & quidem aliter quando ipſe creditor eas fecit, aliter tertio qui in eam cauſam pecuniam credidit. vid. *Mev. 2. 2. deciſ. 223.* Illum præcisè deſignare & probare oportet, quid, quantumque & in quam cauſam impenſum fuerit, ut conſtare posſit, an bonâ fide, nec ſuperfluè impenſa facta ſit: Nec enim certæ cujusdam quantitatis expresſio ullo modo ſufficit. Ipſa tamen probatio poteſt fieri per veroſimiles conjecturas, quæ arbitrio boni viri, puta judicis relinquuntur. *Berlich. p. 1. concl. 64. n. 92.* & quidem in impenſis in curationem ægroti factis ſufficit probare, infirmum in repetentis domo fuiſſe curatum & alimentatum, tunc enim præſumitur inhabitantis pecuniâ factum eſſe. *Berlich. l. all. n. 103.* vel cesſantibus conjecturis veroſimilibus aliisque probationibus, juramento ejus qui eas fecit probari poſſunt. *Maſcard.*

ſcard. d. probat. vol. 2. concl. 720. per tot. Carpz. p. 1. C. 28. d. 42. n. 5. quod puto procedere ſi aliunde & certè conſtet impenſas eſſe factas, ut ſaltem hoc modô quantitas earum certa reddatur. Nam per juramentum prius quoque velle probare vix poterit admitti, cùm illud ad liquidationem impenſarum regulariter, non ſufficiat. *Conf. Mev. 7. d. 6.* Quod poſteriorem attinet, ſcil. eum, qui in eam rem pecuniam credidit, probationi pro recipiendo credito ſatisfacit, ſi generatim ad funerationem ſe crediſſe, verſamque eſſe pecuniam, ſaltem per conjecturas doceat, nec in eo ſuperfluum demonſtretur *Mev. 2. d. 223.*

§. XX.

Sanè quod modum excedit, non poteſt repeti. Hinc judici & quidem ſeculari, ad hunc enim rei iſtius cognitio pertinet, licet de jure ſepeliendi Eccleſiaſticus cognoſcat, *Carpz. 1. Reſponſ. 86.* ſuper expenſarum moderatione & laxatione arbitrium tribuitur, non tamen omninò liberum, ſed ad neceſſitatem impendii reſtrictum, quicquid hanc excedit non venit in taxationem. *Mev. 3. d. 44.* ſuper quo ſi à partibus diſputetur, quidnam judicis officium, & quomodo in examine procedendum, eleganter exhibet *Mev. 3. d. 42.* ſcil. tenetur debitor ad ſingula deſignata reſpondere, quæ rata habeat, quæ diſputet, addita contradictionis cauſa. Judicis tamen eſt, liquida ab illiquidis ſeparare, & ſtatuere quomodo hæc verificari posſint, ſummariè tamen & ut quàm brevisſimâ viâ lis expediatur, procedendum. De expenſis enim judicium ſummarium eſt, *Bart. in l. 38. n. 13. ff. d. R. Vind.*

§. XXI.

Illud adhuc quæri poſſet, cujus ſumtibus controverſia ſuper expenſis orta diſcerni debeat? quod debi-

tor ad ſolutionem ſumtuum non teneatur, pro eo videtur facere (1) quod ipſi nihil posſit imputari; quippe qui poterit eſſe paratus ad ſolutionem, modo de expenſis certò conſtet. (2) quod litigans litiganti ob malitiam ad expenſas teneatur, quæ hic nulla ſubeſſe poteſt. (3) quod actor videatur hoc damnum culpâ propriâ incurrere & propterea illud non ſentire *l.203.d. R. I.* qui ſibi imputet, quod vel ſe ſe immiſcuerit rei ad ſe non pertinenti *contra l.36. ff. de R. J.* vel ſibi non proſpexerit de modo ſtatim impenſas probandi. Quicquid tamen horum ſit, putarem ab Actore vel ex hereditate, vel ab eo, ad quem funus pertinet, impenſas litis refundi debere, argumento eorum, quæ in haud disſimili caſu habet. *Mev. in d. 128. p. 2.* Sanè æquitas hoc ſvadet, ex quâ hæc actio datur, & nemini officium debet eſſe damnoſum, ne quis duplici onere vel incommodo gravetur. Potius qui lucrum habet, onus ei annexum contemnere non debet. Ex negotio geſto hoc caſu impenſæ litis poſſunt repeti, cujus naturam imitatur hæc actio. Illud facilè largimur, quod ſi rationes ex facto vel non facto adminiſtrantis ſint obſcuræ, intricatæ & probationis indigæ, hanc quis ſuis ſumtibus facere debeat. *Fab. in Cod. l.5. t.31. d. l.*

§. XXII.

Contraria reſtant tractanda, de quibus facilè poterit conſtare ex ſupra dictis, unum tamen atque alterum adhuc adducemus. Sic ceſſat actio (1) quando quis aliam actionem habet de funeris impensâ conſeſequendâ. *l. 14. §. 2. h.* Sic quando coheres ſumtus fecit, ſufficit ei judicium familiæ herciſcundæ *d. l.* nec enim honorariam actionem debet deſiderare is, cui civilis competit *l. 1. d, publ. in rem act.* Exceptio eſt in *d. l. 14. §. 12.*

ſcil.

ſcil. ſi familiæ herciſcundæ judicio ſemel actum eſt, amplius eo agi non poteſt *l. 20. §. famil. ff. famil. herciſc.* hinc neceſſariò ad funerariam tanquam ſubſidiariam confugiendum. Sic qui ſumtus facit ex mandato alterius, non funerariam, ſed mandati habet actionem. Exceptio eſt *in l. 14. §. 15.* Ceſſat (2) qui non funeris cauſa, ſed alios ſumtus fecit. *l. 14. §. 6. l. 37. §. 1. eod.* Ceſſat (3) ſi fortè in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus ſumtus factus fuerit *l. 14. §. 10.* ibique *Fab. in Rat.* ubi habet exceptionem. Ceſſat (4) qui pietatis intuitu non animo repetendi ſumtus fecit. *l.* 14. §. *7. & ſeq. h. t.* Ceſſat denique (5) quando ea eſt præſcripta, nam cum naturam actionis negotiorum geſtorum imitetur, commune quoque actionum perſonalium fatum ſequitur. *l. 36. de præſcript. 30. l.* 40. *ann.* Nec facit, quod dicatur perpetua *l. 31. §. ult. h.* Nam & Civiles ſunt perpetuæ, quæ tamen non eo minus præſcribuntur. Quid verò dicendum, ſi is, ad quem funus pertinet, funerantem prohibeat? Non eò minus concedi repetitionem dicit JCtus *in l.* 14. §. *13. h. t.* nec facit, quod negotiorum geſtorum actio tali caſu denegetur; cujus longè alia ratio eſt, & qui funerat non tam cum herede quam cum defuncto contrahere intelligitur; eſt enim hoc debitum hereditarium *l. 1. ff. h. t.* præprimis procedit hoc in perſonis, quæ vel ex mandato defuncti, vel ex affectione propter ſangvinem funerant.

§. XXIII.

Affinia quod attinet, ea videre licet in *C. A. h. th. 31.* maximam affinitatem cum ea habet actio negotiorum geſtorum. Conveniunt (1) utraque prætoria eſt. (2) in utrâque ratio habetur æquitatis. (3) neutra in rem eſt *l. pen. C. de negot. geſt.* (4) utraque habet pro

ſundamento factum, ex quo lex admiſit actiones. (5) utraque datur in ſubſidium, ne in damno verſetur, qui pecuniam ſuam pro re alienâ bona fide expendit. (6) utraque rei perſecutoria eſt, datur heredibus & in heredes. Utraque communi termino præſcribitur. Differunt: (1) negotiorum geſtorum actio eſt perſonalis, hæc nec realis, nec perſonalis. (2) illa eſt bonæ fidei hæc non tàm eſt bonæ fidei, quam ex æquo & bono. (3) illa non datur, quando quis prohibentis & inviti negotia, quamvis utiliter gerit, benè tamen actio funeraria. Deniq; huc poteſt referri Jus retentionis, quod funeranti, ſi hereditatem poſſideat, omninò dandum eſt. *arg. l. 32. §. 1. ff.* nam retentio ordinarium impenſas ſervandi remedium eſt. *l. ſi fundum ff. d. R. V. l. ſi neceſſarios ff. d. pignor. act. Mev. 5. d. 396. num. 1.*

Hæc pro temporis ratione & ingenii facultatibus in medium proferre potui, ſi qua erravi, tuam benignitatem B. L. reſpicio, quæ omnia in meliorem partem interpretabitur. DEO Optimo Maximo pro gratiâ, quam in me immerentem abundè contulit, æternas gratias ago, Numenque Illud venerandum ſupplex adoro, velit omnes actiones meas ita dirigere, ut gloria Nominis ſui & proximi commodum illarum unicus ſit

FINIS.